

## 内地与香港 避免双重征税安排 – 最新进展

October 2008

由杜达宏先生, 税务谘询服务部执行董事  
及岑其彦先生, 税务谘询服务部经理提供  
马赛税务谘询服务有限公司

2008年1月30日, 中国内地与香港签署了《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排第二议定书》(《第二议定书》)。

### 为何签署《第二议定书》?

《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》(《安排》)于2006年8月签定。随后在2007年4月, 香港税务局(税务局)与中国国家税务总局(国税总局)分别发布指引, 就《安排》中多项条款的解释表述自己的观点, 其中某些解释双方存在分歧, 如:

- 确定提供劳务项目是否构成常设机构时, 对“月”的解释 – 《安排》第5.3(2)条
- 确定何时转让公司股份会构成出售“不动产持有公司” – 《安排》第13.4条
- 确定是否可运用25%的持股限制, 令转让公司股份享受资本收益豁免 – 《安排》第13.5条

税务局与国税总局一直保持紧密合作, 力求缩小差距, 最终于2008年1月30日达成协议, 并签署《第二议定书》。

### 《第二议定书》中包含哪些内容?

《第二议定书》包含下列主要内容, 我们将对此深入探讨:

- 提供劳务的常设机构 – 以“183天”代替“6个月”
- 对“不动产持有公司”的进一步解释
- 出售股份的资本收益 – 25%持股条件

#### 1. 提供劳务的常设机构 – 以“183天”代替“6个月”

根据《安排》第5.3(2)条, 香港公司在中国内地(或反之)提供劳务(包括咨询劳务), 如果该劳务项目(针对同一个项目或相关联的项目)在任何十二个月中连续或累计持续超过6个月, 将被视为构成常设机构。《安排》并未对“月”的含意作出定义。

根据税务局所发布的指引，即《税务条例释义及执行指引》第 44 号（修订本）（释义 44），“月”应理解为为期 30 天，因此香港认为“常设机构”下限为 180 天（释义 44 第 43 条）。而国税总局发布的指引，即国税函[2007]403 号（403 号文）却使用“月”作为计算构成常设机构的单位。403 号文规定，确定常设机构的“期间”将从香港公司的第一个雇员开始在中国内地提供服务的月份算起，直到最后一个雇员离开中国内地的月份为止。只有在连续 30 天未在中国内地提供服务的情况下，方可以从相关期间中扣除“一个月”。在计算构成常设机构方面，国税总局的阐释比税务局的阐释更为严格；倘若遵照这种阐释，在中国内地提供劳务的许多香港公司存在被视为常设机构的风险。

举例来说，如果某家香港公司派遣雇员到中国内地提供劳务，频率为连续 6 个月内每 15 天提供 1 天的劳务，那么该公司便会被视为在中国内地具有常设机构，而事实上，该公司雇员在 12 个月期间在中国内地仅提供了 12 天的服务。

《第二议定书》以“183 天”代替“6 个月”。这样，税务局与国税总局均采用「天」而非「月」来确定是否构成常设机构。换句话说，在中国内地提供劳务的香港公司，只有任何 12 个月期间在中国内地提供劳务的总天数超过 183 天的情况下，才会被认为构成常设机构。

#### **我们的观点：**

这是《第二议定书》中的一项重要条文，尤其有利于在内地提供劳务的香港公司。“183 天”的规定简单明了，大大降低了香港公司被视为在内地构成常设机构的风险。

## **2. 对“不动产持有公司”的进一步解释**

根据《安排》第 13.4 条，如果公司资产主要直接或间接由位于内地的不动产组成，香港投资者转让该公司股份所产生的收益将须在内地缴纳企业所得税。

根据《《安排》第一议定书》，税务局和国税总局均同意以 50% 为基准，确定公司资产是否“主要”由不动产组成。根据国税总局发布的 403 号文，在运用 50% 基准判定时，资产的价值按帐面值计算。

但是，税务局与国税总局对何时运用 50% 的基准判定观点不同。税务局认为，应当在股份转让时以 50% 的基准判定，而国税总局则认为在公司股份持有期间的任何时候均可运用该基准判定。

《第二议定书》在运用 50% 基准判定时引入了 3 年的时限。《第二议定书》规定，只有在公司不动产价值至少曾相当于股份转让前三年期间任何时候总资产 50%的情况下，公司才会被视为不动产持有公司。

#### **我们的观点：**

“3 年的时限”这一规定在中国内地与其它国家签署的税收协定中并不常见。这使得情形简单明了。

然而，“不动产持有公司”的范围方面仍存在不确定因素，这有可能产生非常重大的影响，尤其是对香港居民。我们将在以下“尚待进一步澄清的问题”部分继续加以探讨。

### 3. 出售股份的资本收益 – 25%持股条件

根据《安排》第 13.5 条，转让不少于中国内地公司（除了上文讨论过的不动产持有公司）总股权 25% 的股份所获取的收益需在内地缴纳企业所得税。同样的规定亦适用于持有香港公司股份的内地投资者。税务局与国税总局对“总股权 25%”的阐释存在差异。

税务局将“股份”一词阐释为转让之时所出售的股份，而非转让人持有或曾经持有的公司股份总数。因此，只要所转让的股份少于所持有公司股权的 25%，股份转让的收益则无须缴纳企业所得税。

但是，国税总局却采取更为严格的阐释。如果香港投资者“曾经”持有某内地公司至少 25% 的总股权，即使在某次交易中出售的股份比例少于总股权的 25%，转让该内地公司股份仍须在中国内地缴纳企业所得税。403 号文未对“曾经”的长度作出规定。

《第二议定书》修改了《安排》第 13.5 条，引入 12 个月的时限，这类似于中国内地 / 新加坡及中国内地 / 毛里求斯的税务协定。《第二议定书》规定，就香港投资者的角度而言，转让内地非不动产持有公司股份所获取的收益将无须缴纳企业所得税，除非该香港投资者在股份转让前 12 个月的任何时候曾经持有该公司至少 25% 的股权。

#### **我们的观点：**

实际上，这项条文未必能有效帮助香港居民减少中国内地的企业所得税，因为在大多数情况下，香港投资者在内地投资企业中的持股比例均超过 25%，这些企业通常采取合资企业或外商独资企业的形式。因此，转让他们在内地合资或独资企业中的股份，仍极可能须缴纳内地企业所得税。

不过，这项条文可以为在中国内地投资的香港居民提供税务规划的机会。

### 尚待进一步澄清的问题

《第二议定书》体现出税务局与国税总局的合作，双方的努力值得赞赏。不过，《第二议定书》仍未涉及《安排》中的某些问题。不进一步明确这些问题，可能会对香港居民造成影响。在本部分，我们将详细讨论下面两个问题：

- 不动产持有公司 – 中国内地税对香港居民的潜在影响
- 如何运用“12 个月滚动”期间，确定在内地工作的香港居民是否需缴纳内地个人所得税（个税）

#### 1. 不动产持有公司 – 中国内地税对香港居民的潜在影响

如上所述，《第二议定书》确立了 3 年的时限，可用于确定某家公司是否为“不动产持有公司”。然而，在解读《安排》中的相关条款时，我们觉得税务局与国税总局可能还需要进一步的澄清。

我们深入研究一下《安排》及议定书的相关条款：

- 《安排》第 13.4 条规定：  
转让一个公司股份取得的收益，而该公司的财产主要直接或者间接由位于一方的不动产所组成，可以在该一方征税。
- 《《安排》第一议定书》第 2 条规定：  
就第十三条第四款而言，“财产”一词应理解为财产的价值，而“主要”一词，应理解为不少于 50%。
- 《第二议定书》第 4 条规定：  
《安排》第十三条第四款及议定书第二条提及的公司财产不少于百分之五十由位于一方的不动产所组成，按以下规定执行：  
在股份持有人转让公司股份之前三年内，该公司财产至少百分之五十曾经为不动产。

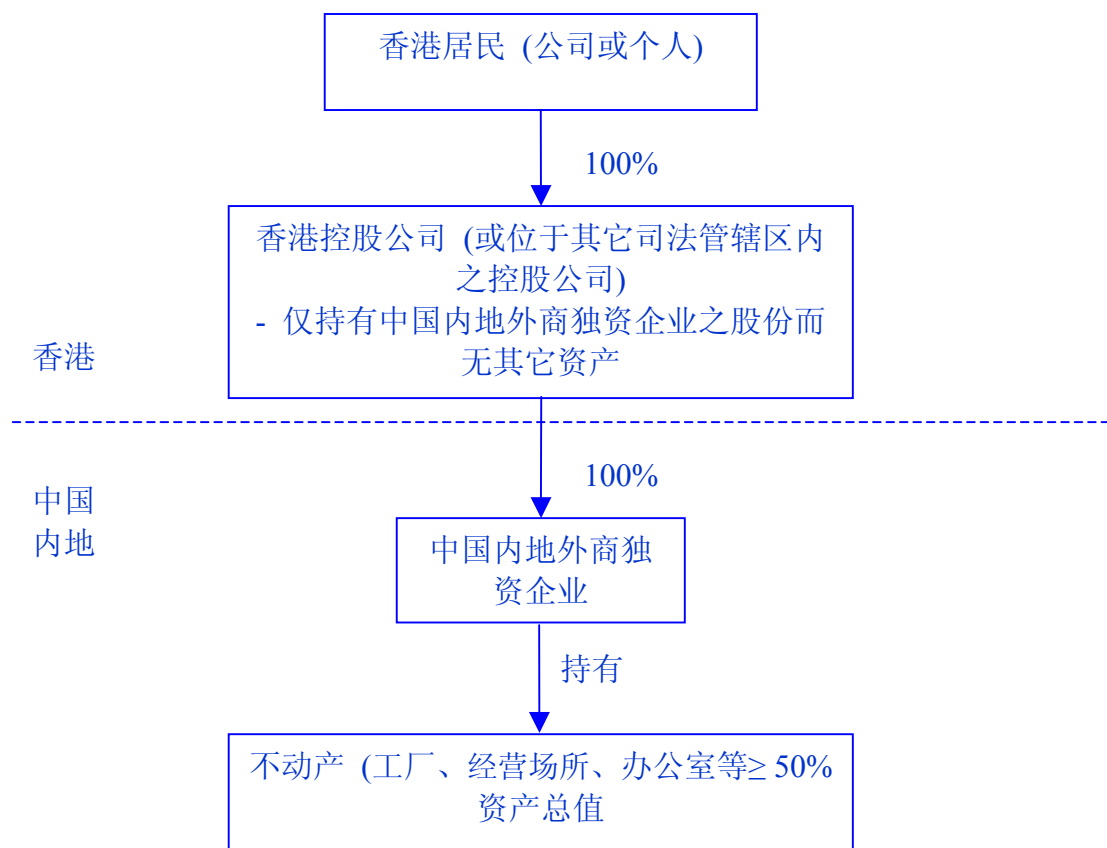
如果我们细心研读《安排》第 13.4 条规定，便可注意到，条文并未就“一个公司”的地点/所在地作出规定。《《安排》第一议定书》与《第二议定书》亦未涉及这个问题。

现在看来，不动产所在地（即：香港或中国内地）似乎是确定香港或内地是否有权对转让不动产持有公司股份获取的收益征税的唯一相关因素。

倘若税务局及国税总局没有进一步澄清，上述不确定性可能让投资于持有中国内地不动产公司的香港居民（企业与个人）承受内地的税收风险。我们通过下面两个例子，说明此类税收影响。

a. 投资内地时的传统企业架构

出于税收、管理及退出策略目的，香港投资者在中国内地投资时，往往会设置类似下面的两层企业架构，这种做法很常见：



在《安排》颁布前，香港居民可以出售香港控股公司（或位于其它司法管辖区内的控股公司）的股份（即间接出售），从而处置在中国内地的投资。一般来说，此类间接出售获取的收益无须缴纳香港利得税（资本收益在香港免税）及内地企业所得税。只要香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司）不直接出售内地外资企业的股份，此类处置便无须在内地缴纳企业所得税。

然而根据《安排》，上述香港居民向潜在买家出售香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司）的股份时，依照《安排》第 13.4 条，相关收益可能须在中国内地缴纳企业所得税，原因如下：

- i. 《安排》第 13.4 条使用“一个公司”的字眼。因此，该条款很可能适用于转让“一个公司”的股份，该公司可以是香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司），也可以是内地独资企业，而非“另一方的一个公司”，后者仅指内地独资企业。
- ii. 香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司）被视为“不动产持有公司”，因为公司间接持有的不动产价值至少已经达到资产总值的 50%。
- iii. 香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司）间接持有的不动产位于中国内地，因而内地有权对转让香港控股公司（或其它司法管辖区的控股公司）股份所获取的收益征税。

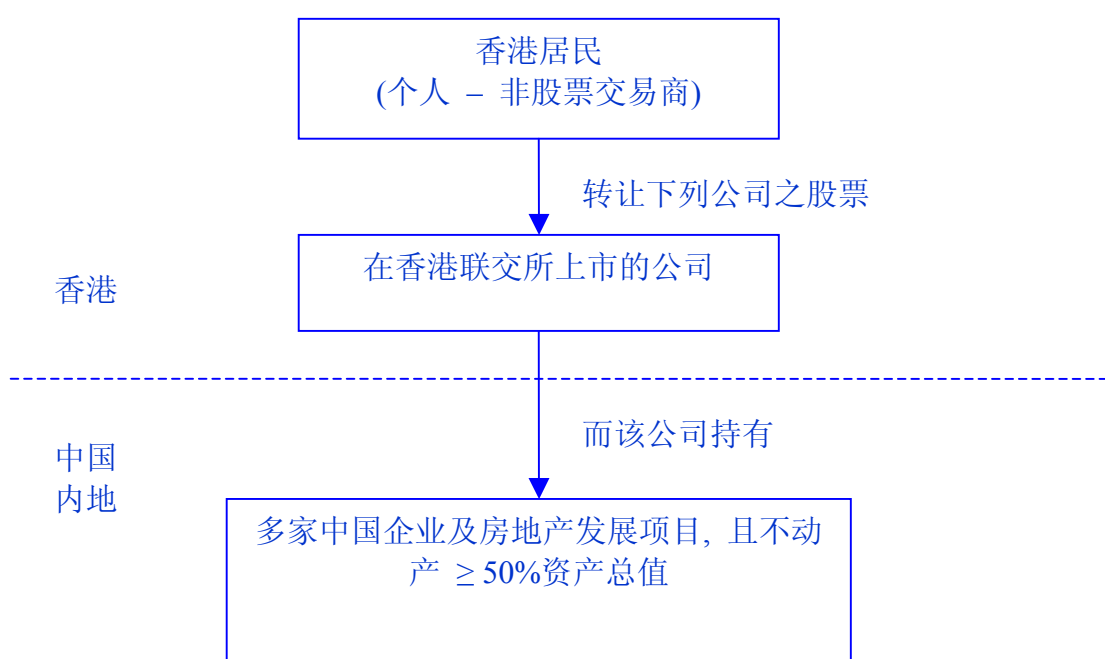
在上例中，即使该香港居民设立了离岸控股公司（英属处女岛、开曼群岛等），仍可能面临相同情形。

这是因为根据《安排》第 3.1(4)条，“公司”一词系指法人团体，或者在税收上视同法人团体的实体。因此根据《安排》，“公司”可以指世界上任何公司。

#### b. 香港个人买卖香港联交所上市公司的股份

在香港，个人（并非股票交易商）买卖香港联交所上市公司的股票，税务局目前不对此类收益征税。

但是，请考虑下列情形：



目前，在香港联交所上市的一些公司，其核心业务是内地的房地产开发业务，或者持有内地出租物业（如：内地房地产投资信托基金）。这些上市公司的资产可能大多（直接或间接）由位于内地的不动产组成。

如果在香港联交所上市的房地产发展公司被视为“不动产持有公司” [因其资产大多（直接或间接）由位于内地的不动产组成]，那么香港居民（个人，而非股票交易商）转让其在香港联交所上市的股票而所获取的收益或须在中国内地征税。

从上述两例可以看出，除非《安排》第 13.4 条适用范围的相关不确定因素得到澄清，否则香港居民须承受内地税收的风险。上述(b)例中阐述的情形尤其事关重大，因为许多香港居民（公司及个人）有投资在香港联交所上市的上述房地产发展公司之股票上。

## 2. 运用“12个月滚动”期间确定在内地工作之香港居民是否需缴纳内地个税

中国签定的许多税收协定（如：中国 / 美国税收协定或中国 / 墨西哥税收协定）采纳“公历年”来确定在中国内地工作的外籍人员是否应纳个税。与之不同的是，《安排》采纳“12个月滚动”期。《安排》第 14.2 条规定了香港雇员豁免内地个税的 3 个条件：

1. 香港居民在有关纳税年度开始或终了的任何 12 个月中在内地停留连续或累计不超过 183 天；
2. 该项报酬由并非内地居民的雇主支付或代表该雇主支付；
3. 该项报酬不是由雇主设在内地的常设机构所负担。

国税总局发布的 403 号文通过示例方式，进一步解释了上述条件（1）。该例子以“12个月滚动”期作为计算基础。我们注意到，在某些情况中，《安排》与目前的个税法律相比，并不会给香港居民带来任何利益。

### 示例

B 先生是香港居民，就职于一家香港公司。该香港公司未在内地设立机构。B 先生的薪酬完全由该香港公司承担。

自 2008 年起，B 先生受命前往内地工作。2008 至 2009 年期间，他在内地停留的时间如下：

	<u>2008 年</u>	<u>2009 年</u>
一月		
二月	15	
三月		31
四月	10	30
五月		31
六月		
七月		
八月		31
九月		
十月	31	
十一月	30	
十二月		30
<b>总计：</b>	<b>86</b>	<b>153</b>

每个月，B 先生按下列方式计算自己在 12 个月滚动期间停留内地的累计天数：

	累计天数 (倒推 12 个月)	
	<u>2008 年</u>	<u>2009 年</u>
一月		
二月	15	
三月		102
四月	25	122
五月		153
六月		
七月		
八月		<b>184</b>
九月		
十月	56	
十一月	86	
十二月		153

从 2008 年 9 月至 2009 年 8 月的 12 个月期间，B 先生在内地共停留 184 天。由于该 12 个月期间属于 2008 及 2009 这两个应税年度，根据国税总局颁布的 403 号文，B 先生在 2008 年及 2009 年停留内地期间所得到的薪酬均须缴纳个税，这包括 2008 年 2 月、2008 年 4 月及 2009 年 12 月。

然而，根据《个人所得税法实施条例》（《实施条例》）第 7 条，在某个公历年度在中国内地居住总共不超过 90 天的个人，如果其受雇收入由境外雇主支付，并且不由该境外雇主在内地的常设机构所承担，则可豁免缴纳个税。因此，倘若应用《实施条例》第 7 条，B 先生不应当缴纳 2008 公历年度的个税，因为在 2008 年，他仅在内地停留 86 天。

上例表明，在某些情形中，《安排》无法向在内地工作的香港居民提供任何保障或利益。因此，税务局与国税总局必须提出可行的解决方案，以便尽量减少香港居民依照《安排》而须承担的个税。

## 联络

### 香港

香港铜锣湾  
希慎道 33 号  
利园广场 34 楼

#### 杜达宏先生

税务谘询服务部执行董事  
电话: (852) 2909 5680  
电邮: michael.to@mazars.com.hk

#### 岑其彦先生

税务谘询服务部经理  
电话: (852) 2909 5663  
电邮: newton.shum@mazars.com.hk

### 上海

上海浦东新区  
浦东南路 999 号  
新梅联合广场 6 层

#### 曹以臻先生

合伙人  
电话: (8621) 6859 8060  
电邮: david.cho@mazars.com.cn

#### 罗礼廉先生

经理  
电话: (8621) 6859 8060  
电邮: peter.law@mazars.com.cn

本文内容为马赛客户及其它对马赛服务感兴趣的潜在客户提供参考信息，并不能用于具体建议也不能用于商业决定的依据。